

## **VD\_OMNI MPU.2012.0023 vom 7. November 2012**

VD Tribunal cantonal, 2012-11-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2012.0023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2012.0023)

FR: VD\_OMNI MPU.2012.0023 du 7 novembre 2012

IT: VD\_OMNI MPU.2012.0023 del 7 novembre 2012

### **Regeste**

X. \_\_\_\_\_ SA/Y. \_\_\_\_\_ SA, ERM Association intercommunale pour l'épuration des eaux usées | Peu transparente et arbitrairement sévère, la notation de certains critères (références, certification, organisation, sous-traitance) n'échappe pas à la critique. L'écart entre l'offre de la recourante et celle de l'adjudicataire est cependant d'une telle ampleur que même l'octroi de la note maximale, 5, aux critères ou sous-critères dont la notation est critiquée ne suffirait pas à lui seul à combler le retard séparant les deux offres.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; RSV 726.91), ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1). a) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. Le Tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts MPU.2010.29 du 10 mars 2011, consid. 1b; MPU.2009.0018 du 23 avril 2010, consid. 2; MPU.2009.0009 du 7 octobre 2009, consid. 6a, et les arrêts cités). Pour le surplus, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, notamment pour ce qui a trait à l'évaluation des offres (arrêts MPU.2010.0029 précité, consid. 1b; MPU.2009.0020, du 15 juin 2010, consid. 2; MPU.2009.0013 du 7 mai 2010, consid. 1c, et les arrêts cités). Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès du pouvoir d'appréciation réservé à l'adjudicateur, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le Tribunal intervient (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts précités MPU.2010.0029, consid. 1b; MPU.2009.0009, consid. 6a; GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 3a, et les arrêts cités). Il appartient en outre à l'adjudicateur de configurer le marché comme il l'entend. Le Tribunal n'a pas à se substituer à lui, car il s'impose une certaine retenue dans l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication; il laisse à l'adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (arrêts précités MPU.2010.0029, consid. 1b; GE.2007.0246; GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2b/aa, consid. 5, et les arrêts cités). b) En l'occurrence, il s'avère que 190,68 points séparent le résultat final de l'adjudicataire (423.03 points) de celui de la recourante (232.35 points), sur un total maximal de 500 points. Il est pratiquement impossible que le résultat final puisse être inversé au point que le marché doive être adjugé à la recourante, ceci d'autant moins que celle-ci n'arrive qu'à la cinquième place. Dans le même registre, la recourante critique la notation des entreprises arrivées en deuxième, troisième et quatrième positions, à

savoir A. \_\_\_\_\_ SA, B. \_\_\_\_\_ SA et le consortium C. \_\_\_\_\_ SA/D. \_\_\_\_\_ SA. La recourante n'a cependant aucun intérêt à ce que la notation de ses concurrentes soit revue, pas plus du reste qu'elle n'a d'intérêt à ce que ces trois soumissionnaires fussent exclus pour violation de l'interdiction de sous-traitance. A supposer en effet que la recourante obtienne gain de cause sur ces deux points, cela ne modifierait pas pour autant son propre résultat et, partant, ne réduirait pas sensiblement l'ampleur de la différence entre le nombre de points qui lui ont été attribués et ceux dont l'adjudicataire a été gratifié. Le sort de sa conclusion principale, qui tend à ce que le marché lui soit adjugé, est ainsi d'emblée scellé. En audience du reste, la recourante a conclu à l'annulation de la décision d'adjudication et n'a pas repris sa conclusion tendant à la réforme de celle-ci. A cet égard, les griefs que la recourante soulève à l'encontre de la décision attaquée peuvent être classés en quatre catégories.

## **E. 2**

La recourante s'en prend tout d'abord aux spécifications techniques de l'appel d'offres. Les documents remis aux soumissionnaires prescrivait à ceux-ci de fournir des gaines d'une épaisseur de 7,5 respectivement 9 millimètres. La recourante se plaint de ce qu'à nulle part, les documents d'appel d'offres fassent mention de la norme de référence en la matière, soit la norme allemande ATV-M127-2. Dans sa réponse, l'autorité intimée a confirmé sur ce point le renseignement fourni le 15 mai 2012 à la recourante, à savoir que l'épaisseur des gaines avait été calculée conformément à cette norme. a) L'adjudicateur a la liberté de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins (Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 200, réf. citée). Les donneurs d'ordre sont en principe libres de décider de ce qui doit être réalisé et obtenu (v. Hubert Stöckli, in DC 2/2003, p. 60 ad S7; v. ATF 2P.282/1999 du 2 mars 2000, rés. in DC 2/2001 S9); il leur appartient toutefois de définir leurs besoins et les spécifications techniques permettant de les réaliser. L'adjudicateur précise les spécifications techniques exigées dans les documents d'appel d'offres (art. 16 al. 1 RLMP-VD). Il faut comprendre, sous cette notion, les exigences techniques avec l'aide desquelles l'objet du marché (le matériel, le produit ou une livraison) peut être désigné de telle sorte qu'il remplisse pour le donneur d'ordre son utilisation spécifique; en font partie les garanties de qualité, l'utilisation, l'efficacité, la sécurité, des mesures, etc. (v. arrêt du Tribunal administratif argovien du 19 juin 2002, rés. in DC 4/2003, S32). Le recours à des spécifications techniques discriminatoires est cependant prohibé (art. 13 al. 1 let. b A-IMP et 8 al. 1 let. b LMP; ATF 2P.282/1999 du 2 mars 2000, consid. 3a; arrêt GE.2006.0084 du 6 septembre 2006 consid. 4b). Il est ainsi interdit de tailler le marché sur mesure pour un soumissionnaire déterminé; le marché peut être réalisé de diverses manières et chaque soumissionnaire doit pouvoir concourir avec ses qualités propres (arrêts GE.2006.0084 du 6 septembre 2006; GE.2000.0039 du 5 juillet 2000, consid. 4dd). L'autorité intimée a porté son choix sur les gaines en polyester thermodurcissable, qu'elle a estimé le plus adéquat; or, selon la recourante, aucun rapport, ni document ne viendrait accréditer cette option. Des explications concordantes des témoins-experts V. \_\_\_\_\_ et W. \_\_\_\_\_, on retire que ce choix dépend avant tout des circonstances locales, soit notamment de la configuration des lieux. En outre, la gaine en polyester, plus épaisse, est moins chère, cependant que la gaine en fibre de verre, moins épaisse, s'avère plus onéreuse. La différence entre les deux types de gaine se fait surtout sur leur élasticité. En audience, les représentants de l'autorité intimée ont justifié leur choix par la configuration des lieux (courbes, changement de

niveaux). Du reste, le dossier d'appel d'offres contenait un profil en long du tracé des canalisations à chemiser; la recourante était par conséquent en mesure d'en comprendre les raisons. A cela s'ajoute une expérience précédente malheureuse avec les gaines en PRV que les représentants de l'autorité intimée n'ont pas souhaité renouveler. De leurs explications en audience, on retire en effet que, dans le cadre d'autres travaux de réhabilitation, les gaines avaient dû être doublées, de sorte qu'au final, les travaux se sont avérés plus onéreux qu'initialement prévu. Le choix de l'autorité intimée, qui repose sur des motifs objectifs, n'apparaît pas critiquable. La recourante s'appuie, certes, sur l'art. 16 al. 3 RLMP-VD, dont il ressort que l'adjudicateur ne doit pas exiger ou mentionner des marques de fabrique ou de commerce, des brevets, des modèles ou des types particuliers, ni d'origine ou des producteurs de produits ou des services déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que «ou l'équivalent» figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres. Or en l'espèce, l'autorité intimée n'a rien imposé de tel aux soumissionnaires; elle a simplement requis ceux-ci de lui faire une offre pour le chemisage des canalisations par des gaines en polyester. Cette démarche ne prête pas le flanc à la critique et il appartenait à la recourante de proposer, cas échéant dans sa variante d'exécution, une solution économiquement plus intéressante, ce qu'au demeurant, elle n'est pas parvenue à faire. Outre la liberté du maître de l'ouvrage de configurer le marché comme il l'entend, on doit, quoi qu'il en soit, objecter à la recourante qu'elle n'a pas attaqué l'appel d'offres, à supposer que ce grief, qui consiste à critiquer la configuration du marché, fût recevable. On y reviendra. La recourante reproche sur ce point à l'autorité intimée d'entraver la libre concurrence entre les entreprises, puisque son choix aurait pour effet de favoriser l'adjudicataire, celui-ci travaillant essentiellement avec des gaines en feutre/polyester, alors qu'elle-même et d'autres soumissionnaires ont proposé des gaines en fibre de verre. Ce moyen ne peut être retenu. Il est vrai que, lors de la préparation de l'appel d'offres, l'adjudicataire s'est vu confier, par le mandataire de l'autorité intimée, le soin de déterminer la pression hydrostatique et de calculer l'épaisseur des gaines. Or, cet élément s'inscrit dans le dialogue technique, lequel est licite dans la mesure où il ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement des soumissionnaires et ne supprime pas la concurrence (ATF 2P.122/2000 du 6 novembre 2000, consid. 7b; v. également DC 4/2010 p. 228 { S94 } ). Il n'a pas particulièrement favorisé l'adjudicataire au détriment de ses concurrents, au point que l'on retienne que celui-ci a été privilégié par rapport aux autres candidats. Il s'avère en effet que cinq à six entreprises en Suisse fournissent des gaines en polyester, parmi lesquelles Z. \_\_\_\_\_ AG, laquelle limite cette prestation aux petits diamètres, société par ailleurs actionnaire de la recourante. Le marché était donc ouvert et ne paraissait nullement taillé sur mesure pour l'adjudicataire, comme la recourante le soutient. Dès lors, c'est en vain que la recourante se plaint de ce que les spécifications techniques définies par l'autorité intimée étaient en l'espèce discriminatoires. b) Afin de vérifier la conformité de l'offre à la norme ATV-M127-2, la recourante a requis de l'adjudicataire, dans le délai imparti à cet effet pour les questions, la transmission des données permettant de calculer l'épaisseur des gaines. Le 15 mai 2012, il lui a été répondu que le calcul statique des chemisages avait été fait en conformité de la norme ATV précitée. La recourante a transmis ces informations à son fournisseur, fabricant de gaines. Or, selon les calculs de celui-ci, les épaisseurs de gaine mentionnées dans les documents d'appel d'offres, telles qu'elles se fondent sur les paramètres indiqués dans la réponse de l'adjudicateur, s'avéreraient insuffisantes pour une gaine en feutre/polyester et ne répondraient dès lors pas à la norme. La recourante soutient

que la procédure d'adjudication serait dès lors affectée d'un vice fondamental, puisque les offres ne peuvent être objectivement comparées, ce qui devrait conduire à l'annulation de l'adjudication. La recourante a requis dans sa réplique que l'autorité intimée s'explique sur la manière dont le mandataire spécialisé a travaillé pour préparer l'appel d'offres et déterminer les données techniques de l'ouvrage commandé, respectivement les marges de sécurité qui conduisent aux plus-values pour surépaisseur de gaines. A l'en croire en effet, l'autorité intimée devra nécessairement recourir à des plus-values pour que l'ouvrage puisse offrir toutes les garanties; or, ces plus-values n'ont pas été prises en compte lors de la détermination du prix. Toujours selon la recourante, l'ouvrage s'en trouvera ainsi nécessairement renchéri, ce qui commanderait l'annulation de la décision attaquée. On peut lui opposer à cet égard que la série de prix de l'appel d'offres prévoit des articles permettant l'évaluation des évolutions de l'épaisseur des gaines; or, ces articles n'ont pas été remplis par la recourante dans son offre. La recourante fait valoir à cet égard un autre moyen dans sa réplique. Selon ses explications, elle s'en est tenue, dans la rédaction de son offre, aux indications fournies par le mandataire du maître de l'ouvrage, dont il ressort que le dimensionnement des collecteurs aurait été calculé en tenant compte d'une pression hydrostatique de 4m sur radier. Or, l'autorité intimée objecte à la recourante dans sa réponse que celle-ci aurait en quelque sorte surestimé dans son offre le risque de présence de nappes phréatiques, invoquant leur absence quasi-certaine. Il s'avère cependant que la recourante s'est fondée sur les éléments de calcul qui lui ont été transmis par K. \_\_\_\_\_ SA. Elle relève que d'autres soumissionnaires, dont l'adjudicataire, se seraient écartés de ces éléments, indiquant notamment que celui-ci, dans le calcul statique de son offre, avait retenu des pressions hydrostatiques de 3, voire 2m sur radier. La recourante se plaint dès lors de ce que les offres n'étaient pas objectivement comparables entre elles. On relève pourtant à cet égard que le dossier d'appel d'offres contenait un profil en long. Ce document aurait permis à la recourante de se rendre compte de la configuration des lieux et par là, d'estimer la valeur maximum de la pression, ce qui montrait à un spécialiste que les 4m indiqués étaient bien une valeur locale maximum. Ainsi, la recourante pouvait rédiger son offre en toute connaissance de cause. Pour l'autorité intimée, les soumissionnaires devaient se contenter d'offrir un ouvrage conforme aux dimensions précisées dans les documents d'appel d'offres; ils ne leur appartiendraient pas de refaire ou de contrôler les calculs de l'ingénieur. Cette explication doit être rapprochée de la liberté reconnue au maître de l'ouvrage de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins; on y reviendra. La recourante objecte sur ce point que le soumissionnaire, en sa qualité d'entrepreneur, a l'obligation de fournir un ouvrage conforme aux règles de l'art. Cela entraînerait, selon elle, l'obligation de contrôler le respect de la norme. Elle fait valoir que, même lorsqu'il est appelé à exécuter un ouvrage conformément aux directives du maître de l'ouvrage, le soumissionnaire ne serait pas libéré de l'obligation de vérifier que l'ouvrage commandé correspond bien à la norme. Elle s'appuie à cet effet sur les prescriptions de la norme ATV-M127-2, desquelles il ressort que le maître de l'ouvrage doit fournir les données statiques aux soumissionnaires. On lui objectera que cette norme n'est qu'une recommandation, ce que les témoins-experts W. \_\_\_\_\_ et V. \_\_\_\_\_ ont confirmé en audience. Cela étant, il n'appartenait de toute façon pas à la recourante, dans son offre de base, de vérifier et de refaire les calculs de l'ingénieur spécialisé de l'autorité intimée; le témoin-expert V. \_\_\_\_\_ l'a du reste confirmé au cours de son audition. C'est seulement lorsque le soumissionnaire s'écarte des prescriptions techniques arrêtées par le maître de l'ouvrage et propose une solution

différente qu'il devra fournir un calcul statique, démontrant que la variante correspond aux exigences du cahier des charges (cf. art. 16 al. 4 RLMP-VD). c) Sur le plan procédural toutefois, plusieurs éléments doivent être objectés à la recourante. Dans le cadre de la procédure sélective, les documents d'appel d'offres qui contiennent les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, dans le délai de dix jours dès leur remise, à l'instar de ce qui est prévu pour recourir contre l'appel d'offres lui-même (ATF 130 I 241 consid. 4.2 p. 245; 125 I 203 consid. 3a p. 205 ss). Le Tribunal fédéral a cependant jugé qu'une juridiction cantonale pouvait, sans arbitraire, estimer que des documents étaient encore attaquables avec la décision d'adjudication lorsqu'ils avaient été remis aux soumissionnaires après le délai fixé dans l'avis officiel pour recourir contre l'appel d'offres public (ATF 129 I 313 consid. 6.2 p. 322). Même s'il n'a pas l'obligation de saisir immédiatement le juge, le soumissionnaire qui constate une irrégularité dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres n'en demeure pas moins tenu, en principe, de la signaler sans attendre à l'adjudicateur, au risque d'adopter un comportement contraire aux principes de la bonne foi et de la sécurité du droit (v. Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBl 2003/104, p. 1 ss, 10). Cette règle est conforme à l'exigence de célérité à laquelle obéit la procédure relative à la passation des marchés publics, en ce sens qu'il est préférable de corriger immédiatement une irrégularité contenue dans l'appel d'offres et les documents y relatifs plutôt que de procéder à l'adjudication du marché et de s'exposer au risque, si le vice est ensuite constaté par un juge, de devoir reprendre la procédure à son début (ATF 130 I 241 consid. 4.3 pp. 246-247). La forclusion tirée du principe de la bonne foi ne peut toutefois être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Or, l'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres. Il convient, au contraire, de ne pas se montrer trop strict à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes (v. ATF 130 I 241 consid. 4.3 p. 247; 125 I 205 consid. 3a p. 205). Cette solution offre par ailleurs l'avantage de garantir une certaine effectivité à la protection juridique dont doivent bénéficier les soumissionnaires, l'expérience enseignant que, par crainte de compromettre leurs chances d'obtenir un marché, très rares sont ceux qui, en pratique, contestent l'appel d'offres ou les documents de l'appel d'offre avant l'adjudication (cf. Vincent Carron/Jacques Fournier, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002, p. 74/75). Il n'en demeure pas moins que le Tribunal a jugé forclos un soumissionnaire ayant attendu de prendre connaissance de la décision d'adjudication à une tierce entreprise pour recourir en faisant valoir que la configuration du marché était affectée d'un vice rédhibitoire, ce qu'il n'ignorait pas depuis la réception des documents d'appel d'offres (arrêt MPU.2010.0027 du 19 janvier 2011). En l'occurrence, la situation, sans être complètement similaire, est relativement proche des précédents évoqués ci-dessus. Ainsi, dans sa réplique, la recourante indique avoir du présenter à son fournisseur de gaines, pour obtenir la garantie de celui-ci, toutes les données de référence afin de lui démontrer que, pour l'ouvrage mis en soumission, les calculs de résistance étaient conformes à la norme ATV M127-2 précitée. En audience, son représentant a indiqué avoir posé une

question sur ce point au mandataire de l'autorité intimée le 30 avril 2012 et celui-ci a répondu le 15 mai suivant. La recourante a transmis cette réponse à son fournisseur de gaines, lequel lui a délivré son rapport quelques jours avant le dépôt de l'offre. A ce moment-là, la recourante s'est rendue compte de ce que les données figurant dans l'appel d'offres pourraient ne pas être conformes à la norme qu'elle invoque. Cela étant, la recourante, qui fait valoir que la configuration du marché serait erronée ou incomplète, n'a attaqué ni l'appel d'offres, ni les documents l'accompagnant, et n'a émis la moindre réserve dans son offre. C'est seulement au stade du recours contre l'adjudication que la recourante s'en est prise pour la première fois aux données permettant les calculs statiques qui lui ont été fournis par l'autorité intimée. Or, l'instruction a démontré que, quelques jours avant le dépôt de son offre, elle disposait déjà d'éléments suffisants pour attaquer l'appel d'offres ou, à tout le moins, émettre une réserve expresse dans son offre quant aux épaisseurs de gaines choisies par le mandataire spécialisé de l'autorité intimée. Le grief invoqué est par conséquent tardif et la recourante, forclosée à le faire valoir au stade du recours contre l'adjudication. Pour ce premier motif, la décision ne peut qu'être confirmée.

### **E. 3**

La recourante fait grief à l'autorité intimée d'avoir écarté sa variante, dans laquelle elle explique avoir proposé un produit plus performant et plus efficace que la gaine polyester thermodurcissable exigée dans les documents d'appel d'offres, à savoir la gaine en fibre de verre renforcé ou PVR. a) Le droit des marchés publics a en particulier pour but de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires et, partant, de garantir l'égalité de traitement entre eux. Cette règle d'ordre constitutionnel (articles 8 et 27 Cst. féd.) se traduit dans la procédure d'adjudication par l'interdiction de toute discrimination à l'encontre d'une offre (ATF 125 I 406); elle est consacrée en droit vaudois par l'art. 3 LMP-VD. Elle n'empêche cependant pas le pouvoir adjudicateur de prendre en considération des avantages dont un seul ou certains soumissionnaires peuvent se prévaloir (cf. note Denis Esseiva, in DC 2000/3 p. 58 S12; arrêt GE.1999.0142 du 20 mars 2000). De la liberté du maître de l'ouvrage de configurer le marché selon ses besoins, il découle cependant l'interdiction pour les soumissionnaires de modifier unilatéralement le contenu de la description de la prestation; dès lors, celui qui veut présenter une offre qui diverge du contenu doit déposer une variante (Zufferey/Maillard/Michel, *ibid.*), ce que la recourante a fait en l'occurrence, en proposant des gaines en fibre de verre renforcé. Les documents d'appel d'offres contiennent les conditions particulières relatives aux variantes, aux offres partielles et à la formation de lots (art. 15 al. 1 let. b RLMP-VD). En l'occurrence, les variantes étaient admises. On rappelle que celles-ci mettent en jeu deux intérêts publics que la législation en matière de marchés publics vise à prendre en compte. D'un côté, il est judicieux de ménager aux soumissionnaires la possibilité de fournir des solutions alternatives à l'adjudicateur, qui ne les avait pas considérées de prime abord, plus abouties ou innovatrices du point de vue technique, ou moins chères. D'un autre côté, il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché à sa guise, en fonction de ses besoins. Afin de garantir un juste équilibre entre ces deux intérêts publics, la faculté de présenter des variantes ne dispense pas le soumissionnaire de l'obligation de présenter parallèlement une offre répondant aux exigences de l'adjudicateur (ATF 2P.164/2002 du 27 novembre 2002, consid. 3.3.1 et 2P.322/2001 du 11 septembre 2002, consid. 3.2; dans le même sens, cf. la décision rendue le 22 janvier 2001 par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, JAAC 65.78). Une autre solution reviendrait à reconnaître au soumissionnaire le droit de modifier l'objet du marché, ce qui ne saurait être admis (cf. par exemple, arrêts

GE.2006.0084 du 6 septembre 2006; GE.2006.0011 du 22 mai 2006). Les variantes d'exécution sont des propositions pour exécuter la prestation à adjuger de façon différente de ce que l'adjudicateur a prévu (Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 115). Les variantes de conception ou de projet sont beaucoup plus problématiques. Leur prise en compte se heurte en particulier à la question de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Il est clair que l'adjudicateur ne peut pas modifier son marché ou les critères d'adjudication après le dépôt des offres simplement afin de favoriser une variante; il devra évaluer cette dernière sur la base des mêmes critères d'adjudication publiés que les autres offres, afin de respecter les principes de l'égalité de traitement et de la transparence (Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 115/116). b) On retire de ses explications que la recourante pourrait avoir soumissionné avant tout pour défendre la solution présentée dans la variante. Il est douteux que la solution du maître de l'ouvrage l'intéressait réellement, de sorte que l'on pourrait être confronté en l'occurrence à une variante de projet et non à une variante d'exécution (v. sur ce point, arrêts GE.2006.0084 du 6 septembre 2006 et GE.2006.0011 du 22 mai 2006). En effet, les variantes portant sur des produits alternatifs, mais conformes aux spécifications techniques définies par l'adjudicateur, sont admises, à l'exclusion des variantes qui s'écartent, de par leur conception ou leur projet, du marché tel que configuré par l'adjudicateur (ibid.). Il n'est pas exclu qu'avec sa variante consistant à proposer des gaines en fibre de verre renforcé, la recourante ait en définitive offert une prestation sensiblement différente des spécifications techniques définies par le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire un autre projet. En outre, on rappelle qu'une offre peut être exclue, notamment, lorsque l'offre n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou modifications; le soumissionnaire, qui a déposé une variante, doit, à côté de celle-ci, remettre une offre correspondant à la formule de soumission (art. 32 al. 1, 2<sup>ème</sup> tiret, let. a RLMP-VD). Les indications que fournit le soumissionnaire dans son offre doivent en effet être correctes, complètes et conformes aux exigences de l'adjudicateur, telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres et des documents annexés, de manière à ce que la décision d'adjudication puisse être prise en connaissance de cause, dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (ATF 2P.130/2005 du 21 novembre 2005, consid. 7; 2P.164/2002 du 27 novembre 2002; 2P.322/2001 du 11 septembre 2002; ATAF 2007/13 consid. 3.1; arrêts MPU.2010.0025 du 4 mars 2011, consid. 4a; MPU.2009.0012 du 23 septembre 2009, consid. 2, et les arrêts cités). L'adjudicateur ne peut pas choisir de mal noter un soumissionnaire ayant rempli l'offre de façon incomplète; si tel est le cas, soit l'offre, incomplète et partant irrecevable, doit être exclue, soit elle répond minimalement aux exigences du cahier des charges, et doit être évaluée en conséquence (cf. arrêts MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011, consid. 3d/cc; GE.2006.0226 du 20 février 2007, consid. 3b). En règle générale, le non-respect par le soumissionnaire des spécifications techniques d'un marché est susceptible d'entraîner son exclusion de la procédure en application de l'art. 32 al. 1, 2<sup>ème</sup> tiret, let. a RLMP-VD (voir à ce sujet un exemple comparable : DC 2003, 151, n° S32; v. également Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., note ad art. 12 LMP, p. 199). Toutefois, en présence d'un descriptif peu clair, le pouvoir adjudicateur n'a pas la faculté d'exclure l'offre qui s'en écarterait ; ce faisant, il abuserait du pouvoir d'appréciation que lui confère la disposition précitée (v. arrêt GE 2003.0111 du 20 février 2004). En l'espèce, la recourante a déposé, on l'a dit, une variante à côté de l'offre de base. Or, il s'avère que celle-ci n'a pas été complètement remplie et ce, de façon délibérée. Il manque en effet les prix unitaires pour plusieurs positions de la série de prix et

ce, sur des éléments que l'on ne saurait qualifier de mineurs pour l'adjudication. Ainsi, au ch. 261 (taxes pour dépôt ou remise de matériaux, y compris mise en place et dépôt), pour les postes nos 261.113 (matériaux d'excavation), 261.121 (asphalte de recyclage, HPA jusqu'à 5'000 mg/kg) et 261.123 (asphalte de recyclage, HPA plus de 20'000 mg/kg), la recourante a indiqué zéro franc. Par comparaison, l'adjudicataire a offert, pour ces trois postes, des montants unitaires de 14, 22 et 129 francs. Au ch. R 111.197 (nombre de rapports d'investigation), la recourante a indiqué zéro franc, contre 450 fr. l'adjudicataire, de même qu'au ch. R.112 (relevé de l'état structurel de regards) .101 (ensemble du périmètre de réhabilitation), contre 700 fr. pour l'adjudicataire. Au chiffre 312 (nettoyage à la main, avec nettoyeur à eau haute pression, de canalisations visibles), la recourante a également répondu zéro franc, contre 270 fr. chez l'adjudicataire. Le chiffre 400 (réparation de dégradations localisées dans des canalisations non visibles) n'a pas été déterminé dans l'offre de la recourante, alors que l'adjudicataire a indiqué à cet égard un montant de 7'205 francs. Au chiffre 521 (gaine pour chemisage, canalisation du réseau), les postes 911 à 916, qui ont trait aux augmentations éventuelles de l'épaisseur des gaines, en fonction de ce qui devra être mis en oeuvre, la recourante a également répondu zéro franc, contre 10'080 fr. chez l'adjudicataire. Il en va de même au chiffre 523.300 (pour ajustement aux cunettes), alors que l'adjudicataire a indiqué à cet égard un montant de 6'930 francs. Sans doute, la recourante a précisé, en page de garde de son offre, que ces prestations étaient déjà comprises dans les autres positions. En audience, son représentant a indiqué à cet égard que, soit le montant demandé était compris dans le poste ayant trait à l'installation du chantier, soit il n'est pas paru techniquement nécessaire à la recourante pour la pose de gaines en PRV, raison pour laquelle le montant demandé n'a pas été offert. La recourante a finalement reconnu qu'elle avait proposé des gaines en PRV dans son offre de base, alors que des gaines en polyester/feutre lui étaient demandées. Or, le soumissionnaire doit se conformer aux exigences du marché sans que cette obligation, allant de soi, doive lui être rappelée ; en s'affranchissant de cette obligation, il court le risque que son offre soit déclarée irrecevable (v. arrêt GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 3c). Pour ce seul motif, l'offre de la recourante devait être exclue, vu l'art. 32 al. 1, 2 ème tiret, let. a RLMP-VD . Conséquence de cette constatation, il en allait de même pour sa variante. Pour ce motif également, la décision attaquée doit être confirmée.

#### **E. 4**

La recourante fait valoir au surplus une violation du principe de transparence. a) Ce principe impose au pouvoir adjudicateur d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions, afin de prévenir le risque d'abus et de manipulation; l'adjudicateur reste libre d'attacher plus d'importance à certains critères plutôt qu'à d'autres, pour autant qu'il le fasse savoir préalablement (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101/102; arrêts précités GE.2007.0077, consid. 3a; GE.2006.0084, consid. 5; GE.2005.0161 du 9 février 2006, consid. 7a). Le Tribunal administratif a en revanche jugé à plusieurs reprises que l'exigence de communication préalable ne s'étendait pas à l'échelle des notes (v. arrêts GE.2003.0117 du 20 avril 2004; GE.2003.0039 et GE 2003.0018, déjà cités); celle-ci devrait cependant être arrêtée avant le dépouillement des offres (v. arrêt GE.1999.0135, déjà cité). A défaut, le pouvoir adjudicateur court le risque sérieux que le résultat soit considéré comme étant le reflet d'une manipulation (arrêt GE 2003.0106 du 23 décembre 2003). Cela implique que les critères déterminants doivent être posés, puis appliqués en fonction des spécificités du marché à attribuer (arrêts précités GE.2007.0246, consid. 3a; GE.2007.0077, consid. 1b; GE.2006.0151, consid. 2b/aa, et les arrêts cités). Une

éventuelle violation du principe de transparence n'entraîne l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés ont influé sur le résultat (arrêts précités GE.2007.0246, consid. 3a; GE.2006.0151, consid. 2c; GE.2006.0084, consid. 5, et les arrêts cités). b) La recourante critique le poids conféré à certains critères; elle fait valoir que le poids conféré au prix serait disproportionné au regard de celui de la qualité des produits. Compte tenu de ce qui a été expliqué ci-dessus, il est douteux que ce moyen soit recevable au stade du recours contre la décision d'adjudication. La recourante explique en outre que les documents d'appel d'offres ne définiraient pas la manière dont les critères seraient évalués et quels seraient les facteurs pris en considération pour l'attribution des notes. Elle se plaint de ce que la grille d'évaluation soit obscure et peu transparente. A l'appui de sa critique, la recourante observe que les sous-critères 4.1 à 4.5 n'apparaissent pas dans les documents d'appel d'offres; cela est erroné. En effet, ces sous-critères sont expressément mentionnés dans le tableau E figurant en page 10 des documents d'appel d'offres remis aux soumissionnaires. En revanche, la pondération de ces sous-critères, de même que celle des sous-critères 2.1 à 2.6, ainsi que 3.1 à 3.5, n'apparaît pas dans les documents d'appel d'offres. Or, à lire la grille de notation du 22 mai 2012, certains d'entre eux devaient être multipliés par deux pour obtenir la note finale du critère, ce que les soumissionnaires ignoraient au demeurant. Il ressort en effet de la grille de notation du critère n°2 que la note afférente à celui-ci résultait du calcul suivant:  $\{ [ 2 \times (2.1+2.2+2.4) + 1 \times (2.3+2.5+2.6) ] : 9 \}$ . Dans sa duplique, l'autorité intimée reconnaît que cet élément n'avait pas été porté à la connaissance des soumissionnaires; elle explique cependant que la grille avait été arrêtée avant le dépôt des offres. Ses représentants ont du reste produit en audience l'enveloppe fermée, oblitérée le 25 mai 2012, contenant la méthode de notation de ces trois sous-critères. Il n'y a donc aucune volonté de sa part de manipuler le résultat final. En outre, au vu de l'écart considérable entre l'offre de l'adjudicataire et celle de la recourante, 190,68 points sur un total de 500, on peut retenir sans guère d'hésitation que ce vice n'a exercé aucune influence sur le résultat final.

## **E. 5**

En dernier lieu, la recourante s'en prend à la notation de certains critères. a) On rappelle à cet égard que le pouvoir adjudicateur doit faire en sorte que les notes retenues soient fondées sur des critères objectifs, partant susceptibles d'être explicités; en d'autres termes, la notation doit être traçable (v. sur ce point les exigences de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, in JAAC 64.63 et 30, que le Tribunal administratif a reprises à son compte notamment dans l'arrêt GE.2002.0009 du 4 juillet 2002). Dans le cadre de son contrôle, l'autorité judiciaire doit faire preuve d'une certaine retenue et laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (arrêts MPU.2008.0004 du 17 juin 2008, confirmé par ATF 2D\_87/2008 du 10 novembre 2008, références citées; GE 2000.0039 du 5 juillet 2000; GE 1999.0142 du 20 mars 2000, réf. citée, notamment RDAF 1999 I 37, cons. 3a). Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès de ce pouvoir d'appréciation que le Tribunal devra intervenir (v. arrêts GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, application d'une méthode de notation du prix inadéquate; GE 2003.0072, déjà cité, notation, quoique sévère, non entachée d'arbitraire). b) A titre préliminaire, la recourante critique la notation du prix, en relation avec les critiques qu'elle a formulées plus haut avec la définition du marché. Elle fait valoir que l'adjudicataire, qui a offert un prix de 493'855 fr.90, ne pouvait recevoir la note maximale, dès l'instant où le prix offert n'est pas, selon elle, en adéquation avec le

prix final et réel de l'ouvrage. La recevabilité de ce grief dépend en réalité du sort de l'admission des critiques émises par la recourante sur les données techniques de l'appel d'offres et la configuration du marché, dont on a vu ci-dessus qu'elles n'étaient pas recevables (cf. consid. 2, supra). Il n'y a donc pas lieu de s'attarder davantage sur ce grief.

c) S'agissant des autres critères, l'on relève d'entrée de cause que, nonobstant la légitimité de certains griefs de la recourante, l'écart entre son offre et celle de l'adjudicataire est d'une telle ampleur que même l'octroi de la note maximale, 5, aux critères ou sous-critères dont la notation est contestée ne suffirait pas à lui seul à combler le retard de 190,68 points qui séparent son offre de celle de l'adjudicataire. En effet, la recourante, pour autant que ses griefs contre l'évaluation soient retenus, pourrait tout au plus se voir attribuer 54,17 points supplémentaires. Il n'en demeure pas moins que cette notation, peu transparente à certains égards, suscite des interrogations légitimes. La recourante critique la notation du sous-critère 2.3 (mode opératoire d'exécution du marché), pour lequel la note 0 lui a été attribuée. Elle relève que tous les soumissionnaires ont reçu cette note, qui sanctionnait le candidat n'ayant pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé, exception faite de A. \_\_\_\_\_ qui a reçu la note 2. Cette entreprise a en effet annexé à son offre un tableau des risques, indiquant les mesures préventives et curatives qu'elle prendrait en cas d'adjudication du marché. La recourante indique avoir proposé les mêmes mesures que A. \_\_\_\_\_ afin de garantir l'exécution des travaux dans les délais convenus. Or, celles-ci tiennent, dans son offre, sur une seule phrase par laquelle des ressources supplémentaires seront engagées par la recourante en cas de nécessité pour garantir l'exécution des travaux dans les délais convenus. Quoique sévère, puisque la recourante a répondu de façon laconique, la notation n'est pas pour autant empreinte d'arbitraire. La recourante critique en outre la notation du sous-critère 3.4 (certification ISO), pour lequel la note 0 lui a été attribuée. Elle fait valoir sur ce point que les évaluateurs auraient mal lu son offre, dès lors que celle-ci contenait les certifications ISO 9001/2008, ISO 14001/2004 et OHSAS 18001/2007 pour le transport de matériaux, la collecte, valorisation et élimination de déchets, l'assainissement, la démolition et terrassement, la logistique, la gestion de gravières et décharges, la réhabilitation de canalisations et de conduites. La recourante indique que celles-ci s'appliquaient non seulement à son maison-mère, A1. \_\_\_\_\_ SA, à Grandson, mais également à elle-même. Les représentants de l'autorité intimée ont fait remarquer à cet égard qu'il était attendu des soumissionnaires une certification uniquement pour la fabrication des enrobés bitumineux (cf. tableau D, ch. 3.4). En considération de l'importance résiduelle de ces derniers travaux au regard de celle des travaux de réhabilitation des canalisations, pour lesquels l'actionnaire de la recourante est certifié, la définition et l'usage de ce critère laissent le Tribunal dans une certaine perplexité. La recourante méritait à tout le moins la note maximale, ce qui de toute façon demeure sans effet sur le résultat final. La recourante se plaint par ailleurs de la notation du sous-critère 3.5 (annonce des sous-traitants), pour lequel son offre a été sanctionnée par la note 0. Sur ce point, la recourante critique la note 2 attribuée à l'adjudicataire, ainsi qu'aux trois entreprises suivant celle-ci au classement final. Elle explique qu'à l'inverse de celles de ses quatre concurrents mieux notés, son offre serait transparente et répondrait aux exigences du maître de l'ouvrage. Aux termes de l'art. 6 al. 1 RLMP-VD, le soumissionnaire doit notamment indiquer la nature et l'importance des travaux ou services qui seront sous-traités, le nom et le siège des participants à l'exécution du marché, la preuve de l'aptitude des participants à l'exécution du marché. En l'espèce, la recourante a simplement rempli l'annexe R15 en annonçant le nom des trois entreprises qui détiennent son capital-actions, à savoir: A1.

\_\_\_\_\_ SA, Z. \_\_\_\_\_ AG et B1. \_\_\_\_\_ SA. Il fallait comprendre par là qu'aucune autre entreprise ne serait mise en œuvre sur le chantier. Or, les travaux respectivement confiés à ces trois entreprises ressortaient d'autres postes de l'offre. On peut dès lors admettre sans difficulté que la recourante méritait plutôt entre 3 et 4, ce qui, là également, s'avère de toute façon sans incidence. La recourante s'en prend enfin à la notation du critère n° 5 (références), qu'elle estime arbitraire. On relève que, pour ce critère qui pesait à hauteur de 5%, la recourante a obtenu la note 3. Les soumissionnaires ignoraient au demeurant que la note finale du critère n° 5 résulterait de l'addition des notes de trois références présentées par chacun d'eux. Cela ressort, certes, de la grille de notation du 22 mai 2012, mais nullement des documents d'appel d'offres. Les représentants de l'autorité intimée ont confirmé en audience que le prix de chaque référence importait pour la notation du critère, ajoutant que le maître de l'ouvrage entendait adjuger le marché à une entreprise habituée à effectuer de gros travaux. Le critère des références permet essentiellement d'attester la capacité du soumissionnaire à réaliser le marché mis au concours (v. DC 2/2006, p. 92, S52). Le pouvoir adjudicateur souhaite simplement, par l'utilisation de celui-ci, s'assurer des compétences et de l'expérience de chaque soumissionnaire, donc également des qualifications des personnes affectées à la réalisation du marché (arrêt GE.2007.0189 du 28 janvier 2008 consid. 5b). Or, il est entendu que la recourante, de par la qualité et la quantité des références des trois entreprises dont elle est issue, répondait pleinement à ce critère et méritait à cet égard un point supplémentaire, à tout le moins.

## **E. 6**

a) Les considérants qui précèdent conduisent ainsi au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. b) En procédure de recours, les frais sont supportés par la partie qui succombe (art. 49 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, de la loi vaudoise sur la procédure administrative – LPA-VD; RSV 173.36). Le sort du recours commande ainsi qu'un émolument judiciaire soit mis à la charge de la recourante. Cet émolument comprend les deux indemnités de 100 fr. versées aux témoins-experts W. \_\_\_\_\_ et V. \_\_\_\_\_, ainsi que leur défraiement (308, respectivement 131 fr.), ceci en application de l'art. 88 al. 1 du Tarif des frais judiciaires civils, du 28 septembre 2010 (TFJC; RSV 270.11.6), par renvoi de l'art. 32 LPA-VD. Ce montant comprend également l'indemnité de 130 fr. allouée à l'interprète C1. \_\_\_\_\_. c) En outre, l'autorité alloue une indemnité à la partie qui obtient totalement ou partiellement gain de cause, en remboursement des frais qu'elle a engagés pour défendre ses intérêts. Cette indemnité est mise à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 55 LPA-VD). Des dépens seront alloués à l'autorité intimée, dans la mesure où celle-ci, qui ne fait pas partie des collectivités visées par les art. 52 al. 1 et 56 al. 3 LPA-VD, lesquelles ne peuvent y prétendre, obtient gain de cause avec l'assistance d'un conseil.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.